

## *Crítica a la crítica del sistema punitivo: hacia una metacrítica\**

Taeli Raquel Gómez Francisco\*\*

Recibido: febrero 6 de 2012

Aprobado: abril 30 de 2012

### **Resumen**

Cuando pensamos críticamente el derecho penal o el conjunto del sistema punitivo, no ponemos atención en la forma de hacerlo, en la propia actividad de criticar. Esta, como todo saber, está determinada por la cultura y los cambios epistemológicos que afectan los modelos explicativos –bien lo sabe, la teoría del delito—. El problema se da por mantener un saber crítico, basado en un ideal clásico de racionalidad, acostumbrado a dividir, descontextualizar, en definitiva a simplificar, lo que por termina por contrariar su objetivo inicial. La propia actividad crítica resulta atrapada por el control social que critica. Para ello metodológicamente, no pretendemos desarrollar una micropolémica, sino una mirada del movimiento totalizante.

**Palabras clave:** complejidad, epistemología, sistema punitivo, crítica, metacrítica.

\* Este trabajo es parte de la línea de investigación comenzada en el año 2008 y aún pendiente, sobre *Derecho-complejidad-Educación* seguida por la autora, como académica de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Atacama, Chile.

\*\* Abogada y Doctora en Ciencias Filosóficas de la Universidad de la Habana; Académica de la Universidad de Atacama de Chile (Av. Copayapu 485, Facultad de Ciencias Jurídicas, Copiapó III Región Chile); Docente investigadora en el área de Filosofía del Derecho. E mail: [taelig@yahoo.es](mailto:taelig@yahoo.es), [taeli.gomez@uda.cl](mailto:taeli.gomez@uda.cl).

## ***Criticism to the Punitive System Criticism: Towards a Meta-Criticism***

### ***Abstract***

When we critically think of criminal law or the punitive system as a whole, no attention is paid to the way it is done (criticizing in itself). Criticism, as all other fields of knowledge, is determined by culture and epistemological changes which affect explanatory models –as stated by the theory of crime. The problem arises when a critical knowledge is kept based on a classic ideal of rationality commonly used to divide, to take out of context, and, at the end, to simplify, which finally results in challenging its initial purpose. The critical activity in itself becomes framed in the social control it criticizes. For this reason, we do not pretend to methodologically develop a controversy but taking a look to the totalizing movement.

**Key words:** complexity; epistemology; punitive system; criticism; meta-criticism.

## Introducción

Este artículo contiene un trabajo de investigación, que propone atender a un objeto de estudio poco explorado en el ámbito del derecho y en especial de la política criminal, y dice relación con la *actividad de criticar*. Hasta ahora se ha desarrollado, un proceso profundo y crítico por parte de los cultivadores de esta actividad hacia sus objetos de estudio, como la pena, la teoría del delito, la ejecución penal; la crítica, como *actividad*, escapa de la reflexión crítica de sí, todo lo cual la predispone como un conocimiento-producto, por más crítico que este sea y, a su vez, implica un descuido reflexivo al proceso y su base epistemológica, que hoy adquiere relevancia en un contexto de cambios generalizados de paradigmas y de nuevos escenarios complejos.

Las consecuencias a superar desde ahí se manifiestan en debilidades de los modelos explicativos, que en muchos casos, determina, limita, e incluso impide el adecuado e integral enfoque y tratamiento de sus específicos objetos de estudio. Esto trae como consecuencia, que el pensamiento crítico que produce –del área penal, o de cualquier área jurídica–, se vea formando parte de momentos de aparente neutralidad gnoseológica o diferenciados de los aparatos de control social que, en última instancia, los terminan por atrapar.

Consideramos que este riesgo impide, verdaderamente, plantear una crítica a los niveles de profundidad que requiere el mundo actual. De ahí que la revisión de los componentes epistemológicos de la actividad crítica del sistema punitivo y del sistema jurídico sean una antesala que permita enfoques, metodologías, modelos explicativos heurísticos, negadores de todo paradigma mecanicista, reduccionista y atomizador, incapaz de dar cuenta de la realidad conectada del mundo complejo actual.

De ahí que en nuestro trabajo se planteó la necesidad de abordar una metodología que relacionara métodos lógico e histórico, textual y contextual para, a través de ello, intentar plantearse, desde una mirada omnicomprensiva y con la óptica que ella da a las tramas complejas, sin abordar en las particulares micropolémicas; y, en consecuencia, enfatizar la mirada del movimiento totalizante.

En esa dirección, nuestro trabajo se orientó a desarrollar un convencimiento sobre la pertinencia de la mirada *meta*, es decir, abarcadora de todos los niveles, a la vez y sus sentidos últimos. De ahí que, incluso nuestro título, contiene la presencia de esta síntesis.

Desde esta orientación, el trabajo parte de una primera revisión al contexto epistemológico general que orienta los cambios que se han desarrollado en la esfera del conocimiento científico, dada la pérdida de validez de la racionalidad clásica que lo fundamentó, para, posteriormente, analizar con mayor profundidad las consecuencias particulares, desde las líneas de rupturas y los nuevos paradigmas que permiten dilucidar ciertas debilidades, insuficiencias y contradicciones de un pensamiento, que tiene como propósito, ser crítico-jurídico del sistema punitivo, para, finalmente, atender con un apartado especial, a la crítica de la crítica, como una propuesta *metacrítica*.

### 1. *El contexto epistemológico actual y el derecho: un contexto necesario*

Las dinámicas actuales han hecho emerger redes que no existían hace unas décadas; las dimensiones globales de sus conexiones financieras, monopólicas, políticas, ambientales y sus crisis, nos arriesgan como el revoloteo de las alas de una mariposa. Los avances tecnológicos permiten que las comunicaciones, informaciones y transacciones sean realizables en tiempo real; las naciones han sido invadidas

por culturas de todas partes; sucede con el arte, la música y otras dimensiones espirituales. La vida cotidiana también se ha visto modificada, los tiempos se han reducido y las relaciones intersubjetivas están, cada vez, más mediadas por la Internet, que por un palmetazo de mano.

En definitiva, hablamos de un siglo XXI que avanza con pasos agigantados a incertidumbres que van desde un perfeccionamiento tecnológico sorprendente, hasta la eliminación del Planeta o, por qué no decirlo, entre la vida y la muerte. El mundo actual da cuenta de una crisis *ecosocial* –lo que entendemos como indivisibilidad de lo social y natural–, que se refleja, también, en las dimensiones epistemológicas.

Esta dinámica de relaciones socio-naturales ha provocado cambios en el significado ontológico –nos referimos, a las revoluciones científicas provenientes del micro mundo, con la física cuántica y la teoría de la relatividad; o las estructuras disipativas de Ilya Prigogine; de la autopoiesis como patrón de organización, estructura y proceso de los seres vivos, propuesta por Maturana y Varela (1995), solo por mencionar el sentido de los sistemas complejos–. No obstante, esto no puede ocurrir sin la coherencia gnoseológica que permite conocer e interactuar con él; de ahí el surgimiento de nuevas epistemologías de segundo orden (Sotolongo & Delgado, 2006), del pensamiento complejo propuesto por Morin (2003, 2007), de la teoría general de sistemas, con Bertalanffy (1992), el rescate de la dialéctica y enfoques metodológicos holísticos. Además, con los aportes y nuevos enfoques como los de Kuhn (2004), Lakatos (1993) o Feyerabend (1998), nos hemos dado cuenta de la importancia que tienen las comunidades científicas en la producción del conocimiento científico.

En ese sentido, las revoluciones científicas han desbordado lo reducido de cada disciplina, para superar, de manera simultánea, paradigmas simplificadores y vigencia de algunas constantes persistentes en su interior, como la dualidad

sujeto-objeto de conocimiento, la objetividad, el reduccionismo, el carácter analítico, para sintetizar el movimiento en una tendencia de nuevos paradigmas científicos generalizadores, denominados *Complejidad (es)* como Maldonado (1999), Sotolongo y Delgado (2006) y de alguna manera Gell-Mann (1995), o incipientemente, como lo hizo Teilhard de Chardin (1971), con la *Ley Cósmica de complejidad-consciencia*; el *Tao de la Física*, según Capra (2003), o como De Sousa Santos (2009), que ve un *conocimiento prudente, para una vida decente*.

Estos nuevos paradigmas congregan sincrónicamente, la información proveniente desde las distintas disciplinas científicas. En algún sentido, han mostrado la tendencia a converger en la incorporación de movimientos y correlaciones, que se desarrollan entre lo simple-complejo, la incertidumbre-certidumbre, el azar, el caos, la indeterminación y la emergencia, lo lineal y lo no lineal, entre otros. Tanto la sociedad como la naturaleza, han comenzado a plantearse ontológicamente complejas e irreducibles a entidades discretas y, de ahí, a los distintos objetos de estudio.

Estas coincidencias sincrónicas no son nuevas en la historia de los paradigmas científicos; el *positivista*, nos presenta un claro ejemplo de ello. La influencia de los ideales de objetividad y neutralidad facilitó la noción de una realidad exterior que permitió deslindar los objetos de estudio de manera similar: para la psicología, la conducta instalada por el conductismo; para la sociología, el hecho social, con Comte; el enfoque de la historia, como disciplina científica, fue orientado por Ranke para vincularla a ciertos documentos primarios; la criminología, con Lombroso; y por qué no recordar que el ideal de ciencias duras generó, del mismo modo, la necesidad de objetivar nuestro objeto de estudio: el derecho occidental codificado.

De ahí entonces, se explica parte del deliro de nuestra comunidad jurídica por buscar certezas

en la composición de su objeto de estudio, como un conjunto objetivado de normas, con la exclusión de cualquier *impureza* moral o socio-histórica, lo que constituyó, por mucho tiempo, una aspiración. Ahora bien, ¿podrá esta configuración, haber sido solo una de las tantas definiciones históricas posibles y, en consecuencia, no necesariamente, debe seguir perpetuándose?

Efectivamente, nuestra comunidad científico-jurídica no es, ni puede ser, ajena al mundo en que vive. Difícilmente, las disciplinas científicas o los modelos explicativos disciplinarios pueden sustraerse a los cambios de paradigmas que las afectan; convincente es el Informe de la *Comisión Gulbenkian* para la reestructuración de las ciencias sociales, que aporta la unidad cultural de las ciencias, con una historia común en sus orígenes y sus cambios (Wallerstein, 1996).

De tal manera, el propósito de nuestro trabajo nos obliga a plantearnos las interrogantes, en este contexto epistemológico, del siguiente modo: ¿Qué sucede con el derecho?, ¿se podrá seguir validando culturalmente, como un sistema cerrado atomizado de normas jurídicas?, ¿será pertinente para el contexto complejo del siglo XXI, un saber jurídico surgido de las entrañas de una racionalidad clásica, hoy fuertemente cuestionado?

Todo lo anterior nos orienta hacia dos preguntas:

¿Será posible que el derecho, al ser definido bajo sistemas explicativos clásicos y por ende, reducido a conjuntos de entidades discretas –por ejemplo normas jurídicas–, haya eliminando su vitalidad social o su real significado histórico?

¿Podrá un paradigma científico complejo, permitirnos visualizar objetos de estudio no atendidos desde una crítica simplificadora del sistema punitivo?

Los nuevos escenarios de paradigmas emergentes nos otorgan una oportunidad para replan-

tear algunos consensos instalados en nuestra comunidad científico-jurídica, como verdades o hábitos, seguidos de manera más o menos permanente. En este trabajo, nos hemos propuesto valorar algunos paradigmas nuevos y enfoques holísticos, para aportar otra dirección a nuestra disciplina jurídica, pues la ciencia jurídica y en especial la penal, se debe permitir una conexión histórica totalizante, principalmente, cuando se logran advertir influencias y determinaciones mutuas, entre la ciencia jurídica o los modelos explicativos y sus objetos de estudio, del derecho y los sistemas complejos en general.

Ahora bien, no hay duda de que ha habido autores y planteos profundos desde una perspectiva totalizadora político-filosófica crítica del sistema punitivo; es el caso de la criminología y la política criminal –ya clásica– de Michel Foucault (1990, 1994, 2001), Massimo Pavarini (2002), Eugenio Zaffaroni (1990), Alessandro Baratta (1986) y en especial, la teoría del delito de Juan Bustos Ramírez (1984, 1994), con su aporte del bien jurídico y que tiene una proyección creadora compleja sorprendente; también es sugestivo reconocer la proliferación de autores que toman como modelos el abolicionismo, el realismo de izquierdas y el garantismo penal, facilitado, como reconoce Anitúa (2010) por un foro privilegiado en Europa al alero de los centros de estudios dirigidos por connotados como Baratta, Young, Pavarrini, Hulsman Bergalli, o incluso, desde el propio paradigma complejo del derecho en general, hacemos mención a Grun (2006), quien plantea explícitamente la necesidad de incorporar propuestas como la cibernética y la Teoría General de Sistema al derecho; o los debates sobre ciertas categorías como la *autopiesis*, que se han intentado reproducir en las ciencias sociales y el derecho (Luhmann, 2002), a pesar de las interrogantes de alguno de sus autores (Varela, 2000).

No obstante, nuestro propósito se plantea desde una mirada de mayor omnicomprensión. Nos referimos a la *base epistemológica de la crítica*, como

*objeto de estudio*, es decir, pretender una **crítica a la crítica** del Sistema Punitivo, como reflexión **metacrítica**, lo que nos parece interesante como una dimensión no explorada. Ello porque que las bases epistemológicas que la sostienen —a la crítica—, en muchas ocasiones, son insuficientes por estar anquilosadas y pertenecer a los seductores influjos de una racionalidad clásica, lo que provoca, en definitiva, la sumisión al propio objeto de estudio que cuestiona: el control social.

## 2. *Sistemas explicativos clásicos y sus rupturas: una instrospección al derecho y su ciencia*

Uno de los temas que los juristas acostumbran a obviar es la interferencia que realiza la ciencia del derecho, a través sus modelos explicativos, a su objeto de estudio. Podríamos tomar la advertencia del lingüista Korzybski, que da cuenta de la diferencia entre el mapa y el territorio, pues confusamente reproducimos el mapa de normas jurídicas con la asentada cordillera civil y los sutiles principios climáticos, y los propagamos bajo la convicción de una ontologidat *per se* o *a priori*, como si el derecho estuviera dado y su ciencia solo lo observara. Y tal vez sea solo una determinación —cultural-ideológica— posible, una creación adaptable de ésta. Interesante es la reflexión de Hulsman que al plantear el abolicionismo recuerda que el delito no tiene realidad ontológica y que más bien es un producto de la política criminal que también construye la realidad social (Anitua, 2010).

Según lo anterior, no es lo mismo una persona que dispara sobre otro cuerpo humano, en el escenario complejo de un ámbito situacional concreto, y su calificación jurídica; esta última representa la síntesis de un proceso enmarañado, compuesto de una trama de significados y aspectos jurídicos institucionales que contiene una red de valoraciones; la propia teoría del delito lo demuestra con posiciones que van desde un modelo causal como el sistema Liszt-Beling,

hasta los cambios valorativos de Mezger, el finalismo de Welzel o la consistente teoría del delito basada en el bien jurídico y la política criminal mínima de Bustos. Todos ellos han aplicado sin modificar ni una coma del artículo que define el homicidio. Pertinente nos resulta recordar la afirmación que hacen Rusche y Kirchheimer (2004), al señalar que la pena no existe, sino más bien, lo único real, en última instancia, son las prácticas concretas de su aplicación, lo que explica el estudio y vinculación con la formación económico-social. La misma lógica se da cuando afirmamos que el delito no tiene realidad ontológica y que no existe el delincuente *nato*.

De ahí no es posible obviar que los modelos explicativos son, en última instancia, configuradores de criminalidad, por el significado que estos les dan a las relaciones sociales. Podemos ilustrar la idea anterior con la atrayente advertencia diferenciadora que realiza Bustos (1994) al definir *tipicidad*, pues, para él, es la *atribución* de un comportamiento al tipo penal, desde un bien jurídico y no una mera *adecuación*, como se sostiene comúnmente.

De acuerdo con la idea anterior, parece interesante considerar cómo ciertos ideales clásicos y consensos científicos generales han afectado los paradigmas o modelos jurídicos, alterando y modificando, por extraño que parezca, el objeto de estudio —derecho—, que no es otra cosa que un proceso histórico y complejo.

De ahí nos interesa advertir en este trabajo, que también la *crítica* es una actividad cultural y epistemológicamente determinable.

### 2.1 *Observación a la crítica: presencia del ideal cartesiano*

Una de las constantes del saber moderno que ha estado presente en la configuración de la crítica —como saber— al sistema punitivo es la dualidad cartesiana, conocida así porque fue Descartes quien hizo un divorcio que perduró por siglos entre el sujeto y el objeto de cono-



cimiento. Diferenció y separó, por un lado, a la *res cogitans*, cosa que piensa; y la *res extensa* o corporal-máquina (Descartes, 1987). Lo que ha eliminado el devenir, que contiene intrínsecamente, la mediación de la inseparable relación sujeto-objeto.

Ahora bien, la dualidad cartesiana ha estado más presente en nuestro ámbito jurídico y en las ciencias del derecho de lo que suponíamos (Gómez, 2009). Ni el jurista, abogado, juez o criminólogo aceptan que su participación tiene un alcance creador; menos aún, que median consensos y paradigmas culturales que afectan sus decisiones o investigaciones. Tampoco se reconoce que su participación produce una huella en el resultado final y, por lo tanto, implica una constante responsabilidad.

Para el proceso de realización de nuestra disciplina, la separación cartesiana ha sido fundamental, pues otorga el presupuesto de neutralidad que funda gran parte de nuestra elaboración jurídica interna. Es reveladora la frase-premisa de nuestra ciencia del derecho que reitera al juez *como un tercero imparcial*<sup>1</sup>, la que ha servido incluso, para identificar espacialmente, los ámbitos de poder (Foucault, 1994). Es natural entonces que solo un tercero, ubicado desde una posición de superioridad equidistante de los abogados, pueda definir el juicio neutralmente.

De ahí la pregunta, ¿por qué hemos eliminado de toda observación crítica, la intervención del sujeto en la creación del objeto –derecho– ¿Nos preguntamos si aun se sostiene su neutralidad o relación externa. Foucault (2001) ha dado una posibilidad interesante de explicación con la vinculación entre verdades jurídicas y poder.

Sabemos que desde ninguna disciplina hoy se puede sostener esta separación epistemológica sujeto-objeto. Más bien, ha habido una reinterpretación histórica de mutuas intervenciones

mediadas. El observador participa en la configuración de su objeto, en tanto no está fuera de su práctica, como tampoco la propia actividad de conocer. No hay base histórica para seguir sosteniendo una relación pasiva entre el sujeto y el objeto de conocimiento. Lo ha manifestado la propia ciencia modelo, la física, con el principio de incertidumbre de Heisenberg, o la *objetividad entre paréntesis* de Maturana (1997), la cibernética de segundo orden, entre algunas miradas.

Ahora bien, a pesar de la crisis epistemológica de la dualidad cartesiana, ¿por qué el jurista intenta mantenerla, incluso desde la *actividad crítica*?

Si pensamos una situación cualquiera y atendemos a la dinámica de sus intervinientes, tenemos a un sujeto-juez, mediado por el mundo social, por sus dimensiones económicas, sociales, culturales, por su elección dogmática y de política criminal, en definitiva, como un sujeto creador. Lo mismo sucede con el fiscal y defensor, que, además, tienen determinados sus intereses de manera general y abstracta. Además de lo anterior, la lógica del sistema procesal penal se orienta hacia la búsqueda de la verdad relativa, lo que demuestra la importancia del contexto. Al mismo tiempo es posible que, por un pequeño cambio en las condiciones iniciales de un proceso, sea una pregunta a un testigo o su omisión, la presencia de un abogado en vez de otro, que se puedan alcanzar resultados finales distintos.

Una condena, en última instancia, no es un producto acabado o descrito de antemano y que lo único faltante se complete con un procedimiento donde se deberá probar un hecho que se *adecue* a un tipo penal; por el contrario, es un proceso complejo de construcción que no solo involucra a los jueces, fiscales, defensores, sino a todos los niveles políticos, emocionales, culturales, epistemológicos y de control social; es decir, no es un acto pasivo de lógica irrefutable que representa simples adecuaciones a

<sup>1</sup> Interesante reflexión y material de apoyo otorga el artículo de Echeverría (2010).

tipos penales y que busca establecer verdades lineales, causales y *materiales*; por el contrario, el complejo de valoraciones demuestra un conocimiento construido activamente por los sujetos intervinientes y los ámbitos de interacción, como los procesos de significación<sup>2</sup>.

En definitiva, hay una lectura del ámbito situacional, que presenta a los sujetos, como subsistemas concretos y complejos, partícipes de una comunidad jurídica, social y científica.

En esa orientación una representación crítica no debe reproducirse como un sujeto distinto de lo que critica.

A nuestro juicio, para predisponerse de manera crítica respecto al sistema punitivo, se requiere de una profunda consideración crítica, que logre ser capaz de cuestionarla incluso a ella misma, a la propia actividad crítica, a lo que hemos denominado como una *metacrítica*.

## 2.2 Observación a la crítica: de la desconexión a la interrelación compleja

Otra manifestación que demuestra la presencia de un saber crítico, aún dependiente de la racionalidad clásica, se da por la conservación que éste hace de la noción de realidad concebida como un conjunto de *entidades discretas*, no distinta a la lógica del átomo, como indivisibilidad última. Lo que implica considerarlas desconectadamente, es decir, se mantiene en esta actividad un mecanicismo atomista.

Contrariamente hoy se ha establecido un nuevo sentido a la correlación *todo– parte*, al valorar la perspectiva interrelacionada e interdependiente que cambia los objetos de estudio. Antiguamente, las creaciones de objetos aislados validaron las relaciones externas entre las entidades

discretas; de ahí que no es de extrañar que muchas se eliminaran, desaparecieran o fueran subsumidas por otras.

En términos concretos, la ciencia jurídica ha posicionado variadas fronteras estancas al interior del derecho. Hay disociaciones entre el derecho privado y público; derecho civil y comercial, y el mismo derecho penal. También sus temáticas internas han fraccionado las especializaciones y la multiplicación desconectada de comunidades científicas.

Por el contrario, plantearnos la complejidad como atributo del objeto de estudio y reconocerle interrelaciones, redes y flujos, exige una apuesta crítica a visualizar la riqueza y el dinamismo de nuestros problemas, así como sus soluciones; pero también las contradicciones e insuficiencias que hay en él. Esto, a veces, bajo el manto de una crítica reduccionista, no es dimensionado desde su unidad contradictoria.

Por lo tanto, conectar lo desconectado, relacionar lo no relacionado, unificar lo disgregado, podría permitirnos propuestas heurísticas con horizontes futuros y de largo plazo. O bien, desvelar la presencia del sujeto en el objeto, la selectividad; tanto como la ceguera e ilusión, según el sentido de los términos usados por Morin (1999).

El aporte creativo de Bustos no puede dejar de citarse en esta perspectiva; él unifica una red, a partir del bien jurídico. En primer lugar, no define al bien jurídico como un bien, o algo metafísicamente valioso, sino como una síntesis normativa de una *relación social* concreta y dialéctica (Bustos, 1994), con lo que aporta el sentido de un ser real –la relación social– y su multiplicidad de valoraciones. En segundo lugar, este bien jurídico es visto por el autor, de manera interrelacionada; es decir, es el Estado a través del ordenamiento jurídico, quien fija ámbitos de relaciones sociales y sus distintas protecciones. Así pone el ejemplo de la monogamia como rela-

<sup>2</sup> Hablamos, por ejemplo, del Interaccionismo simbólico, del Labelling approach, y las críticas a la Criminología etiológica; en otro sentido Piaget Vigotsky –a pesar de su tardío reconocimiento en Occidente–, e incluso del estructuralismo funcionalismo mertoneano.



ción social elegida para ser protegida y elevada a la categoría de bien jurídico. El derecho, en su conjunto, la incorpora y da lugar a una serie de reglas jurídicas con diferentes valoraciones a su alrededor. Por tal razón, ni el contenido de la *tipicidad* ni el de la *antijuridicidad* surgen de procedimientos ontológicos ni metafísicos (Bustos, 1984, 1994). Resulta, además, interesante cómo Bustos plantea la complejidad relacional presente en el ámbito normativo; aquí alude a Callies, quien concibe la norma penal, como un complejo dialogal, pues solo decir “*el que*” “*mate*” “*a otro*” involucra una interacción de tres sujetos, más aún, la participación del Estado (Bustos, 1994).

A pesar de las particularidades de la ciencia penal, en general las ciencias jurídicas han comprendido el todo como un conjunto de partes, una sumatoria de normas jurídicas o temáticas desligadas. Por el contrario, creemos que al hacer una *crítica a la crítica* nos permite demostrar la insuficiencia de esta, cada vez que –independiente de las fundamentaciones muy profundas y detallada que dan a los temas– avalan la atomización analítica.

De ahí que la tesis que hemos escogido para examinar la actividad crítica del sistema punitivo solo representa un comienzo, una hebra de la maraña jurídica –no con la intención de simplificar, sino seguir e ingresar, a partir de este comienzo, en las interconexiones de toda la ciencia jurídica–. Para explicar lo anterior, utilizaremos el desenvolvimiento de una trama indivisible, por más esfuerzos que desde la racionalidad clásica se realicen por negarla. Nos referimos a la íntima relación entre *política criminal*, *orden social*, *control social*, *derecho penal* y *derecho privado*.

En la dinámica de nuestra comunidad jurídica es muy común que estos temas sean abordados como entidades discretas. Por esa razón, se ha generado un hábito de desvincular ciertas áreas entre sí, como *política criminal* y *derecho privado*. Es notorio, en este sentido, que la ciencia penal ha

asumido un debate explícito sobre *control social* y *política criminal*, llegando a incluir al derecho civil en la órbita del control social punitivo no institucionalizado (Zaffaroni, 1993), pero no supera fronteras al ámbito privado –derecho civil o comercial–, por el contrario, se le plantea imparcial, ajeno a cualquier intento que deleve su propuesta y participación en la organización social, que tampoco es neutral. Como sabemos, ni la bibliografía de derecho privado, ni en sus temáticas, hay capítulos introductorios que traten temas parecidos al *Derecho Civil como control social*, o el *Derecho Comercial y política criminal*. Sencillamente, son concebidas –y no percibidas– como un conjunto de normas para regular la convivencia social.

Difícilmente el derecho privado autorreconoce su intervención en las relaciones intersubjetivas como parte de un control *social* y, en consecuencia, que participa en la reproducción de un orden social específico que se quiere mantener. En definitiva creemos que para aludir a una política criminal, no podemos excluir a las normas civiles, comerciales, financieras, ambientales y laborales; en tanto, están formando parte de la unidad del orden social y, en consecuencia, de una política criminal. Si presentamos la hebra desde el lado de la *política criminal*, apreciamos que ésta tradicionalmente se visualiza como un conjunto de medidas contra el delito, ocultando su naturaleza creadora del mismo y obviando la congénita bifurcación desde la que decide qué conflictos se criminalizan, sino también cómo hace frente a aquello, que un estadio atrás se definió como delito (Cardozo, 2007). Comprendiendo ambos aspectos, la política criminal como estrategia del Estado –para ejercer el control social y mantener el *statu quo*–, no puede desentenderse de la selección primaria que define el conflicto, es decir, tanto de la definición y todo el discurso elaborado sobre ella, que también está en el derecho privado.

Al optar por un enfoque relacional o un *pensamiento más complejo*, se visualiza con mayor

claridad lo imbricados que se encuentran los temas expuestos; por eso consideramos valiosa su incorporación para encontrar un criterio de crítica a la crítica reduccionista.

Además nos sirve para visualizar información, la que no habíamos considerado por atender simplificada a la norma jurídica y no a la información o matriz que ella contiene y tras-pasa, y todo el sentido del dominador como lo demuestra Del Olmo (1981). Tampoco hemos apreciado, incluso bajo el sentido de una crítica –clásica–, que los momentos relacionales y/o los flujos son, por sí mismos, una realidad que debemos estudiar y hacer presente, pues estamos acostumbrados a ignorarlos, como lo hizo la física con la dualidad de la materia onda-corpúsculo.

En definitiva hay una mirada crítica posible de hacer: *la crítica a la crítica* del derecho penal y sus procedimientos. Una crítica a los sistemas punitivos basados en paradigmas cartesianos y atomizadores reproduce dinámicas configuradoras de realidades desconectadas, e impide ver la dialéctica de las relaciones sociales.

La desconexión, que predomina como análisis, también está vigente en los estudios críticos. Ella nos plantea desgarrar la realidad hasta el punto de convertirla en pedacitos, cuan *Damiens* que creímos el último ejecutado y relatado por Foucault (1990).

La razón de fondo implica, entre otros aspectos, que esta simplificación nos demuestra la presencia desapercibida de control social. O bien, el ideal de racionalidad clásica, que se encuentra presente en paradigmas reduccionistas, representa una forma de control social, al tiempo que permite un entorpecimiento a la comprensión interrelacionada de la realidad. Esto en un contexto epistemológico del control social, que por ejemplo, da cuenta del debate contra la criminología crítica que se le adjudicó una crisis, entre otras razones, porque sus posturas tota-

lizantes no tenían propuestas concretas contra la criminalidad, como lo reflexiona, entre otras explicaciones, Larrauri (2000).

El sentido de una *metacrítica* destaca la presencia sutil del control social en la crítica como *actividad* –histórica y cultural–, a veces reproductora de lo que quiere criticar. Así, cuando disgregamos la *política criminal* del ámbito *privado*, o el *ser* del *deber ser*, lo que hacemos, en última instancia, es disociar la vida de la norma y la pena, filosóficamente hablada, de los silencios de las cárceles.

### 3. *Criticar la crítica*

Uno de los aspectos que falta por examinar, para hacer una *crítica de la crítica* del sistema punitivo, es la coherencia –hoy incoherencia–, entre lo ontológico y lo gnoseológico. Ello porque nos permite conectar pensamiento con realidad, así como superar cualquier idealismo o idea caprichosa, que avale u oculte la desconexión.

La necesidad de coherencia entre lo ontológico y lo gnoseológico es histórica, tal como lo son las revoluciones gnoseológicas, epistemológicas y los estados de superación. Así, para los griegos el mundo era cíclico como el comportamiento de la naturaleza, no podían validar la linealidad histórica que posteriormente posesiona el cristianismo; del mismo modo la Creación no puede plantear su conocimiento sobre la base de un empirismo moderno, por el contrario, hasta el intimismo de San Agustín tiene ahí más sentido que aquel.

Para el imaginario del mundo moderno lo ontológico es concebido culturalmente sobre la base de un *objeto puesto* con independencia del sujeto, con comportamientos más o menos predecibles y lineales y unidos a través de leyes causales. No distan el derecho, y el derecho penal como su correlato, de ser tan diferentes de aquello, basta solo ver las cosificaciones presentes, tanto en la dogmática conceptual, como en el ámbito de lo

concreto, en los procesos, castigos o el propio delincuente y el preso.

Una gnoseología, coherente con la ontología moderna, que se inicia a los comienzos de esta etapa, entre otros, con Descartes, plantea un método que divide los fenómenos complejos en el máximo de partes posibles, para luego ir ascendiendo, de los más simples a los más complejos y, a partir de ello, comprender el funcionamiento del todo. En consecuencia, pensar simplificado solo puede ser coherente con una realidad simplificable; dividir es posible en el contexto de una realidad divisible.

Es decir, el saber jurídico-penal, incluso el saber crítico, se han caracterizado muchas veces así:

### ***Simplificador y mecanicista***

Hace desaparecer realidades por obra de una disciplina que solo ve un segmento de ellas. El derecho penal se plantea distinto del civil, del comercial, del constitucional; solo ocasionalmente comparten algunos principios. Esta disociación, producto de una epistemología atomizadora, ha ocasionado que no podamos ver lo que comparte el derecho civil del penal, las incoherencias que ocultan el uno del otro, lo que elimina –de la vista, al menos–, problemas, bucles recursivos y contradicciones.

Tomaremos un ejemplo: el artículo 365 del Código Penal chileno (República de Chile, 1874) protege la indemnidad sexual del menor y al relacionarlo con el artículo 107 del Código Civil chileno (República de Chile, 1855), que autoriza a contraer un contrato matrimonial entre un adulto y un menor –en el que evidentemente, su cumplimiento exige la procreación y por cierto, el acto sexual– nos surge la interrogante: ¿no se estaría vulnerando esa indemnidad, o acaso, no es el mismo niño? El problema se da porque desconectamos la realidad, y al abordarla separadamente, no se logra visualizar la contradicción entre la normas, dado que los especialistas

no encuentran puntos en común –especialidad penal y civil–, a diferencia de lo que le pasa al niño, en el mundo real.

Entender desde el paradigma clásico que el *todo* es el resultado de la suma de sus partes coincide con la forma a través de la cual se ha abordado la crítica al sistema punitivo, es decir, como reflexiones particularizantes –por más intensa que esta sea–. Por el contrario, un pensamiento crítico que tenga por objetivo superar las crisis del sistema punitivo deberá comenzar por valorar que el todo es distinto a la suma de las partes. En términos concretos, los debates debieran abarcar ámbitos civiles, constitucionales, penales, normativos o institucionales. Cada uno de estos momentos contienen el todo de una sola vez, lo que Morin denomina, en el contexto de un pensamiento complejo, principio *hologramático* –no sólo la parte está en el todo, sino, también el todo está inscrito en la parte– (Morin, 2007). En el ejemplo expuesto, sobre el bien jurídico e indemnidad sexual del menor y las diferentes valoraciones que hacen los artículos 365 del Código Penal (República de Chile, 1874) y el 107 del Código Civil (República de Chile, 1855), no sobresale a la luz el problema que se da en el mundo real, pues aparentemente, tanto en la lógica normativa civil, como en la penal, hay coherencia interna.

### ***Desconoce la presencia de momentos epistemológicos y valorativos***

También podemos mencionar la arbitrariedad que se produce al elegir una concepción de realidad y elevarla e imponerla de manera homogeneizada-dominante; consecuentemente, ello produce discriminaciones que no siempre son visibles. Así podemos ilustrar la problemática de la *resocialización*, al presuponer –de manera oculta–, un modelo de sociedad consensual que mantiene idealmente una cohesión sobre lo bueno y lo justo, en razón de ello cualquier contravención representa la participación de

una minoría, a la cual hay que *resocializar* para encauzarla en estos consensos. En otros términos, no existe espacio para valoraciones distintas a las hegemónicas. Otro ejemplo lo podemos encontrar en la categoría de *imputabilidad*, la que contiene una lógica parecida.

Ahora, si lo planteamos históricamente, los debates evolucionan coincidentemente. En los *delitos culposos*, vemos cómo se desarrollan definiciones que van desde la subjetiva-*negligencia*, a la integración de interacciones o ámbitos intersubjetivos, como la falta del *debido cuidado exigido por el ámbito situacional* (Bustos, 2010). También la teoría de la *culpabilidad* tiene una secuencia similar, que se desplaza desde las *teorías psicológicas* que se corresponden con el naturalismo causalista y el positivismo del siglo XIX, hasta las *teorías del sujeto responsable*; movimiento que va desde concepciones teóricas que reducen ámbitos individualizadores hasta la posición interactuante de los sujetos en la sociedad, como una dimensión más compleja (Bustos, 1994).

Además, creemos debe hacerse una embestida a la insistencia de neutralidad valorativa que pretende insistir el saber penal, que a veces la crítica tampoco supera –es el caso de defensa de la rehabilitación, con lo que implica la homogeneización valorativa propia de un modelo consensual de sociedad porque cuestiona y critica especialmente, su sistema operativo de implementación deficiente–. Como sabemos, el sistema procesal penal plantea la búsqueda de la verdad formal, la que en última instancia, es el resultado de un proceso de construcción de significados. No se puede negar la existencia de debates ideológicos y doctrinales, las distintas capacidades argumentativas y oratoria de los abogados y el estatus y diferencia de recursos económicos de los intervinientes, lo que demuestra y afirma la reflexividad contextual entre el sujeto y el objeto de conocimiento –como modo epistemológicamente inevitable de construcción del saber penal–.

Consiguientemente, una crítica disimula su interés y posición práctica si no tiene autoconciencia de su parcial propuesta y valoraciones.

### Atomizador

El saber penal desarrollado por la crítica clásica, en cierto sentido, ha mantenido una constante reduccionista y objetual de la realidad jurídica; mantiene la búsqueda de una *entidad discreta*, como el átomo, sea al delincuente, la ley penal o el imputado. Reduce el subsistema imputado-juez, el normativo-epistemológico; el proceso sin relacionarlo con la composición de poderes o la propia racionalidad ilustrada, que está presente en su organización; o bien vale la pena, como una mera consecuencia; los conflictos se reducen a la acción –o a la teoría de la acción causal– o al sistema punitivo que limita sus contornos con el derecho privado; pero como bien dice Capra “El *gran shock de la ciencia del siglo XX ha sido la constatación de que los sistemas no pueden ser comprendidos por medio del análisis*” (Capra, 1998, p. 49).

El negar la unidad compleja y su condición de subsistema, permite incorporar categorías como la de *emergencia*, es decir, aquella que reconoce la presencia de creatividad como atributo inmanente a las relaciones e interacciones. Todo lo cual nos visibiliza conexiones ignoradas, problemas velados y realidades, que al conectarse nos abren la posibilidad a un necesario diálogo de saberes, *multi*, *inter* y una *pretensión* de lo *transdisciplinario*, que contempla la incorporación de la vida en las dinámicas penales, por sobre las limitantes inmutables, abstractas y ahistóricas.

Pretender hacer una crítica basada en un método analítico, mecanicista y metafísico, que descompone en entidades discretas lo que plantea, para pretender armar la totalidad como objeto de la crítica e intentos de superación, es una aspiración, que no supera el círculo vicioso de su intención. O en otros términos, reproduce el *statu quo* que ambiciona objetar y, por el contra-

rio, su propia actividad crítica queda integrada al control social, principalmente, por caer en la dinámica simplificadora, que en definitiva, termina simplificándose a sí.

En síntesis, desde una mirada más omnicompreensiva, se aspira a reconocer las posibilidades que otorgan los aportes de un pensamiento complejo, las epistemologías de segundo orden, los enfoques metodológico holísticos; y el sentido profundo de una bioética global como base para un nuevo saber. Con ello se podría hacer una crítica más provocadora al control social y no quedar subsumido en él.

Una buena crítica al sistema punitivo debe comenzar por reflexionar críticamente, la manera y el cómo se ha elaborado hasta ahora la crítica, para convertirla, en síntesis, en actividad transformadora.

#### 4. Conclusión

Existe un proceso histórico-epistemológico, que permite obtener un nuevo punto de vista para el ámbito jurídico, acorde con las necesidades y los actuales requerimientos del mundo, contradictoriamente complejo.

Lo anterior debe contemplar una síntesis que surja de la negación, por lo que es necesario advertir, un nuevo objeto de estudio: *la base epistemológica de la crítica*. De ahí *crítica de la crítica*.

Desde una perspectiva política criminal, una *actividad crítica* al sistema punitivo que *autoconstate* al crítico como sujeto distinto del objeto criticado, mantiene la dualidad cartesiana que avala la noción de realidad exterior y, por lo tanto, manipulable, aislable, simplificable y neutral.

Por el contrario, la realidad nos expone el desafío de una crisis *ecosocial*, que demanda nuevos modelos explicativos, con el interés de hacer visible lo oculto –las redes y sus flujos, sean

materiales, epistemológicos, valorativos– y desvelar las contradicciones y responsabilidades.

De ahí la necesidad de buscar coherencia histórica entre lo ontológico-gnoseológico, para identificar los aportes de las nuevas racionalidades que proporcionan elementos a nuevos saberes y sus diálogos *transdisciplinarios*

Creemos que plantearnos una *crítica de la crítica –al sistema punitivo–* y como posibilidad *metacrítica*, nos permite desvelar la presencia de control social en la actividad de criticar que se mantiene, y mantiene las dinámicas que pretende cuestionar.

De ahí la necesidad de una crítica que no solo interprete, sino que transforme. La irreverencia argumentativa es una aspiración que mantengamos como académicos, por nuestra proclama de compromiso con un mundo mejor, aunque, a veces arriesguemos nuestra tranquilidad...

#### Referencias bibliográficas

- Anitua, G. (2010). Historia de los pensamientos criminológicos. Buenos Aires, Argentina: Editores del Puerto.
- Baratta, A. (1986). *Criminología crítica y crítica del Derecho Penal, introducción a la Sociología jurídico-penal*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Siglo XXI.
- Bertalanffy, L. (1992). Teoría general de los Sistemas. México: Fondo de Cultura Económica.
- Bustos, J. (1984). Manual de Derecho Penal español: Parte General. Barcelona: Editorial Ariel.
- Bustos, J. (1994). Bases críticas de un nuevo Derecho Penal. Santiago de Chile: Cono Sur.
- Bustos, J. (2010). El delito culposo. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Capra, F. (1998). La Trama de la Vida: una nueva perspectiva de los sistemas vivos. Barcelona: Anagrama.
- Capra, F. (2003). El Tao de la Física. Málaga: Editorial Sirio.



- Cardozo, R. (2007). La "Seguridad Ciudadana" Como Tendencia Político Criminal y Contexto del Nuevo Proceso Penal. En G. Balmaceda (Coord.), Problemas Actuales de Derecho penal (pp. 289-345). Santiago de Chile: Ediciones Jurídicas de Santiago.
- Del Olmo, R. (1981). América Latina y su Criminología. México: Siglo XXI.
- Descartes, R. (1987). Discurso del Método. Barcelona: Tecnos.
- De Sousa, B. (2009). Una epistemología del Sur: la reinención del conocimiento y la emancipación social. México: Siglo XXI y CLACSO.
- Echeverría, G. (2010). Imparcialidad del Tribunal Oral en lo Penal: tras la conquista de la garantía. Rev. Derecho Valdivia, 23 (1). Recuperado el 21 de junio de 2011, en <[http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-09502010000100012&lng=es&nrm=iso](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502010000100012&lng=es&nrm=iso)>. ISSN 0718-0950. doi: 10.4067/S0718-09502010000100012.
- Feyerabend, P. (1998). Adiós a la razón. Barcelona: Altaya.
- Foucault, M. (1990). Vigilar y Castigar. Nacimiento de la prisión. México: Siglo XXI editores.
- Foucault, M. (1994). Un diálogo sobre el poder. Barcelona: Altaya.
- Foucault, M. (2001). La verdad y las formas jurídicas. Barcelona: Gedisa.
- García, A. (2007). Criminología, una introducción a sus fundamentos teóricos. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Gómez, T. R. (2009). Dualidad sujeto-objeto y su impacto en la ley. Opinión Jurídica, 8 (15). Recuperado el 21 de junio de 2011, en <[http://www.scielo.unal.edu.co/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1692-25302009000100007&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.unal.edu.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1692-25302009000100007&lng=en&nrm=iso)>.
- Gell-Mann, M. (1995). El quark y el jaguar. Aventuras en lo simple y lo complejo. Barcelona: Tusquets.
- Grun, E. (2006). Una visión sistémica y cibernética del Derecho en el mundo globalizado del siglo XXI. México: Universidad Nacional Autónoma de México,
- Kuhn, T. (2004). La estructura de las revoluciones científicas. México: Fondo de Cultura Económica.
- Lakatos, I. (1993). La metodología de los programas de investigación científica. Madrid: Alianza Universidad.
- Larrauri, E. (2000). La herencia de la criminología crítica. España: Siglo XXI.
- Luhmann, N. (2002). El Derecho de la Sociedad. México: Editorial Herder y Universidad Iberoamericana.
- Maldonado, C. (1999). Visiones sobre la complejidad. Colombia: Ediciones el bosque.
- Maturana, H. & Varela, F. (1995). El árbol del conocimiento. Santiago de Chile: Editorial Universitaria.
- Maturana, H. (1997). La objetividad. Un argumento para obligar. Santiago de Chile: Dolmen ediciones.
- Morin, E. (1999). Los siete saberes necesarios a la educación del futuro. París: Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura UNESCO.
- Morin, E. (2003). Introducción al pensamiento complejo. España: Gedisa.
- Morin, E. (2007). La cabeza bien puesta: repensar la reforma, repensar el pensamiento. Buenos Aires: Nueva Visión.
- Pavarini, M. (2002). Control y dominación, Teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico. Buenos Aires: Siglo XXI Editores.
- República de Chile. (1855). Código Civil de Chile. Chile.
- República de Chile. (1874). Código Penal de Chile. Chile.
- Rusche, G. & Kirchheimer, O. (2004). Pena y estructura social. Bogotá: Temis.
- Sotolongo, P. L. & Delgado, C. (2006). La revolución contemporánea del saber y la complejidad social: Hacia unas ciencias sociales de nuevo tipo. Recuperado de <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/campus/soto/soto.html>.
- Teilhard, P. (1971). El fenómeno humano. Madrid: Taurus.
- Varela, F. (2000). El fenómeno de la vida. Santiago de Chile: Dolmen Ediciones.
- Wallerstein, I. (1996). Abrir las ciencias sociales Informe de la Comisión Gulbenkian para la reestructuración de las ciencias sociales (Coord.). México: Siglo XXI.
- Zaffaroni, E. (1990). En busca de las penas perdidas. Bogotá: Editorial Temis.
- Zaffaroni, E. (1993). Criminología, aproximación desde un margen. (Vol. I). Bogotá: Editorial Temis.